

## Tilburg University

### Noot bij EHRM 19 februari 2013, EHRC 2013/102 (Petkov t. Roemenië)

Tjong Tjin Tai, T.F.E.

*Publication date:*  
2013

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Tjong Tjin Tai, T. F. E., (2013). *Noot bij EHRM 19 februari 2013, EHRC 2013/102 (Petkov t. Roemenië)*, No. 2013/102, Feb 19, 2013. (European Human Rights Cases; Vol. 14, No. p. 1125-1127).

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

19 februari 2013, nr. 2834/06

(Ziemele (President), Björgvinsson, Nicolaou, Bianku, Kalaydjieva, De Gaetano, Mahoney)

Noot Tjong Tjin Tai

## **Rechtsvorming, rechtszekerheid, wijziging eerdere rechtspraak, precedenten. Schending**

[EVRM art. 6]

*De vader van verzoeker had bij testament van 21 maart 1991 zijn gehele vermogen nagelaten aan zijn broer, de oom van verzoeker. Bij akte van 26 december 1997 heeft de vader aan de broer een aandeel in een huis en perceel geschonken. Na het overlijden van de vader op 22 december 2002 heeft verzoeker in rechte aanspraak gemaakt op zijn 'reserved share' (vergelijkbaar met de legitieme portie naar Nederlands recht). Zijn vordering werd verworpen bij uitspraak van het District Court van 15 mei 2003, omdat verzoeker had nagelaten een 'inventory' (vergelijkbaar met een boedelbeschrijving) van de nalatenschap op te laten maken door de rechter, hetgeen vereist was voor een claim van een 'heir-at-law' (vergelijkbaar met 'versterferfgenaam'). Het vereiste van 'inventory' dient de bescherming van gelegateerden en begunstigden tegen frauduleuze claims van legitimarissen, nu buitenstaanders niet gemakkelijk de omvang van de totale nalatenschap kunnen beoordelen en dus evenmin kunnen beoordelen of het legaat of de schenking afbreuk doet aan de legitieme portie. Dit vereiste is daarom alleen nodig bij een actie tegen een niet-'heir-at-law'. De term 'heir-at-law' was door de Supreme Court bij 'interpretative decision' van 1964 uitgelegd als omvattende alle potentiële erfgenamen volgens de Inheritance Act van 1949, ongeacht of zij daadwerkelijk een aanspraak hadden of overtroefd werden door een aanspraak van een hoger gerangschikte erfgenaam.*

*In hoger beroep werd de uitspraak van het District Court op 18 juni 2003 vernietigd door het Regional Court, nu uit vaste jurisprudentie volgde dat de oom van verzoeker wel een 'heir-at-law' was en daarom verzoeker zijn claim voor een 'reserved share' niet door middel van een boedelbeschrijving hoefde geldend te maken. In de vervolprocedure bij het District Court werd de verzoeker hersteld in zijn legitieme portie, welke uitspraak in hoger beroep stand hield (uitspraak Regional Court van 3 januari 2005).*

*Het Supreme Court nam op 4 februari 2005 een nieuwe 'Interpretative Decision' aan, die de eerdere uitspraak van 1964 buiten werking stelde, en volgens welke 'heir-at-law' thans uitsluitend nog zag op de erven met directe prioriteit in de erfopvolging, de individuen die effectief in het vermogen van de erflater opvolgden. Er was niet voorzien in overgangsrecht. De nieuwe regel kwam voort uit sociale veranderingen en de uitbreiding van de kring van potentiële erven, die in feite vaak evenmin in staat waren om de omvang van de nalatenschap te overzien.*

*De oom van verzoeker stelde cassatieberoep in op 25 februari 2005, hetwelk slaagde gelet op genoemde Interpretative Decision (kennelijk is de oom geen 'heir-at-law' in de nieuwe interpretatie).*

*In latere uitspraken oordeelde het Supreme Court dat het vereiste van 'inventory' niet gold in gevallen waar de gehele nalatenschap aan één individu toeviel, nu dat individu alsdan wel in staat was de gehele omvang van de nalatenschap te bepalen, en de claim van de legitimaris niet van de samenstelling van de nalatenschap afhing.*

*Verzoeker klaagt bij het Hof dat aldus, in strijd met art. 6 EVRM, met terugwerkende kracht een vereiste van 'inventory' is geïntroduceerd, en dat het Supreme Court zich beriep op een Interpretative Decision die niet aan partijen was medegedeeld.*

*Op 26 mei 2011 oordeelt het Hof unaniem dat dusdoende art. 6 EVRM is geschonden. Het vereiste van 'inventory' is geen materieel vereiste doch een procedurele belemmering en valt daarom onder het recht op toegang tot de civiele rechter (art. 6 EVRM). Derhalve moet worden beoordeeld of het duidelijk, toegankelijk, voorzienbaar was, een legitiem doel dient en proportioneel is aan dat doel. Jurisprudentiële ontwikkeling is op zichzelf verenigbaar met deze eisen, mits de ontwikkeling bekend was of ten minste redelijkerwijs voorzienbaar en geen onzekerheid over de positie van partijen bestond. In dit geval zijn weliswaar de ontwikkelingen die leidden tot de nieuwe Interpretative decision bekend, maar het neveneffect voor gevallen als de onderhavige was niet voorzien, zelfs niet door het Supreme Court. Volgens de latere beslissingen van het Supreme Court hadden lagere rechters de eis van 'inventory' te strikt toegepast, zelfs in gevallen waar de gedaagde algeheel was opgevolgd in de rechten van erflater, en was daarbij de vaste jurisprudentie dienaangaande ten onrechte genegeerd. Derhalve was, gelet op de stand van het recht, op het relevante moment voor verzoeker niet redelijkerwijs voorzienbaar dat een wijziging van het recht hem zou nopen tot het laten opstellen van een 'inventory' opdat hij zijn claim op een legitieme portie tegen zijn oom zou kunnen geldend maken. Het Hof is er niet van overtuigd dat het op zichzelf legitieme doel met de nieuwe regel niet bereikt had kunnen worden in een contentieuze procedure (adversarial trial) in plaats van door de claim niet te ontvangen, nu het succes van de zodanige claim ervan afhing of eiser in staat was aan te tonen dat de schenkingen en legaten van de erflater neerkwamen op een zodanig deel van de nalatenschap dat de legitieme portie daarmee werd aangetast. Verder wijst het Hof er op dat de 'interpretative decision' geen regels gaf aangaande lopende procedures. Het Supreme Court nam deze factoren of een mogelijke alternatieve benadering niet in beschouwing, maar paste de nieuwe interpretatie automatisch toe, zonder acht te slaan op de gevolgen van verzoekers recht om zijn zaak inhoudelijk te laten beoordelen. De omvang van het nadeel geleden door verzoeker onderscheidt dit geval van de zaak Legrand t. Frankrijk, waarin de nieuwe rechtsregel niet het effect had dat de verzoeksters het recht op toegang tot de rechter (al dan niet met terugwerkende kracht) werd ontnomen.*

*De onvoorzienbaarheid van het procedurele vereiste, dat in de aanhangige zaak van verzoeker met terugwerkende kracht werd toegepast, beperkte zijn toegang tot de rechter in zodanige mate dat de kern van het recht was aangetast. Bij de toewijzing van schadevergoeding wijst het Hof erop dat heropening de passendste remedie is, en het Roemeense recht heropening van de procedure toelaat ingeval van een schending van het EVRM.*

*Petkov  
tegen  
Roemenië*

[uitspraak]

## **NOOT**

1. Deze zaak heeft betrekking op rechterlijke rechtsvorming, waar ik in een eerdere annotatie bij *Legrand t. Frankrijk*, EHRM 26 mei 2011, nr. 23228/08, EHRC 2011/110 op ben ingegaan. In deze zaak is het kader wat uitvoeriger uiteengezet, reden om hier nogmaals op in te gaan.

2. In art. 6 EVRM ligt besloten het recht op toegang tot de rechter (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70, par. 31-36). Dit omvat, zoals uit deze zaak

ook blijkt, niet alleen de mogelijkheid om een geding aanhangig te maken, maar vooral ook het recht op een inhoudelijke beoordeling. Daardoor zijn procedurele belemmeringen op zichzelf een schending van dit recht. Zo'n belemmering is alleen toelaatbaar als de belemmering niet de toegang tot de rechter zodanig inperkt dat de essentie van het recht wordt aangetast. Bovendien moet de belemmering een legitiem doel dienen en moet het middel proportioneel zijn aan het doel (*Ashingdane t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 mei 1985, nr. 8225/78, par. 57, nadien vaste rechtspraak).

Zulke belemmeringen zijn vaak neergelegd in rechtsregels als vormvoorschriften, termijnen en verjaring. Gelet op het algemene beginsel van rechtszekerheid geldt voor zulke regels dat zij duidelijk, toegankelijk, en voorzienbaar moeten zijn (par. 32, verwijzend naar *Legrand t. Frankrijk*, EHRM 26 mei 2011, nr. 23228/08, par. 37 en *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011, nr. 16261/08, par. 52, met verdere verwijzingen).

In een zaak als de onderhavige, waar de belemmering berust op een wettelijke regel, gelden beide groepen vereisten cumulatief (zie par. 30 waar zij samen worden genoemd, verwijzend naar eerdere rechtspraak, in het bijzonder *Lupas t. Roemenië*, EHRM 14 december 2006, nr. 1434/02, par. 67).

Het vereiste van rechtszekerheid heeft daarnaast een bredere strekking dan alleen art. 6 EVRM; in het bijzonder moet het worden gelezen in het begrip 'law' zoals ontwikkeld door het Hof. Dat beperkingen of inbreuken een basis in 'law' moeten hebben, is een fundamenteel vereiste van het begrip rechtsstaat (*rule of law*). Een fundamenteel aspect hiervan is de eerdergenoemde rechtszekerheid. Rechtszekerheid staat evenwel niet in de weg aan evolutie (*Legrand t. Frankrijk*, par. 37-38, ook *Atanasovski t. Macedonië*, EHRM 14 januari 2010, nr. 36815/03, par. 38): het is niet vereist dat een jurisprudentiële lijn vaststaat (*Unédic t. Frankrijk*, EHRM 18 december 2008, nr. 20153/04, par. 74, *S.S. Balikliçesme t. Turkije*, EHRM 30 november 2010, nr. 3573/05 e.a., par. 28, *Sen t. Turkije*, EHRM 14 februari 2012 (ontv.), nr. 24537/10). Enerzijds behoeven regels verduidelijking en aanpassing aan wijzigende omstandigheden, anderzijds behoeven regels onvermijdelijk een zekere rechterlijke interpretatie (*Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011, nr. 16261/08, par. 54, ook *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 november 1995, nr. 20190/92, par. 34). De wijze waarop het Hof deze benadering toepast in zeer uiteenlopende typen zaken (zie genoemde rechtspraak) wijst erop dat het gaat om een rechtsbegrip dat geldt voor het gehele EVRM (vgl. *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 november 1995, nr. 20190/92, par. 33).

De rechtspraak van het Hof wijst er op dat rechtsontwikkeling is toegestaan in de volgende gevallen:

- (a) Er is geen vaste lijn doch alleen divergerende (lagere) jurisprudentie (*Legrand t. Frankrijk*): dan gaat het om eenvoudige verduidelijking c.q. interpretatie.
- (b) Er is sprake van een afwijking van een eerdere lijn: dan betreft het daadwerkelijk 'omgaan'. Dit is toegestaan als deze wending redelijkerwijs voorzienbaar is, gelet op de rechtsontwikkeling (*Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2011, nr. 16261/08, «ERHC» 2011/116, par. 54-56, *C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 november 1995, nr. 20190/92, par. 33-34, 41). Dit kan bijvoorbeeld zijn doordat er een stapsgewijze ontwikkeling in de jurisprudentie was (*C.R. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 41), of er door de Engelse *Law Commission* reeds kritiek was geuit (*Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, par. 56). Daarnaast is mogelijk dat de nieuwe lijn bekend was bij partijen en dus niet tot een onvoorzienbare benadeling leidde (*Unédic t. Frankrijk*, EHRM 18 december 2008, nr. 20153/04, par. 75). Het is niet problematisch dat de nieuwe lijn een materiële verslechtering inhoudt voor een der partijen (zoals invoering van 'eigen schuld' bij schadevergoeding, *Sen t. Turkije*, EHRM 14 februari 2012, nr. 24537/10, ook *Unédic t. Frankrijk*, EHRM 18 december 2008, nr. 20153/04, par. 75); rechtszekerheid is in gevallen die geen betrekking hebben op procedurele belemmeringen geen absoluut vereiste.

Bij dit alles lijkt het Hof mede betekenis te hechten aan de motivering van de beslissing: ‘courts may depart from their well-established case-law provided they give good and cogent reasons for doing so’ (*Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, par. 54). Zie bijv. *Atanasovski t. Macedonië*, par. 38, waar het ontbreken van toereikende motivering de reden voor schending leek te zijn. Het is niet geheel duidelijk of het Hof de motivering beschouwt als onderbouwing dat aan bovengeschetste voorwaarden is voldaan, als een aanvullend vereiste, of als een zelfstandige rechtvaardiging (vgl. *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, par. 56 en 65). Het lijkt er op dat het Hof wijzigingen van materieel recht al snel voorzienbaar acht (immers zulke wijzigingen zijn altijd mogelijk) en dan alleen nog aanvullend het gewone, algemene motiveringsvereiste uit art. 6 EVRM aanlegt, terwijl het bij wijzigingen die nieuwe of strengere procedurele belemmeringen aanleggen hogere eisen stelt aan de voorzienbaarheid, en de motivering van de wijziging er dan niet meer toe doet (hoogstens als onderbouwing van de voorzienbaarheid kan dienen).

Dit toetsingskader kan aan de orde komen door een beroep op rechtszekerheid op basis van een andere bepaling (zoals in *Legrand t. Frankrijk*: recht op een eerlijk proces, art. 6 EVRM, en *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*: ontneming van eigendom berustend op de wet, art. 1 Eerste Protocol) of via een beroep op het recht op toegang tot de rechter (zoals in casu): voor de toetsing lijkt dit niet veel uit te maken. Het gaat in de aangehaalde rechtspraak primair om de voorzienbaarheid. In casu is de wijziging van de ‘Interpretative Decision’ op zichzelf toelaatbaar. Het Supreme Court had zijn nieuwe interpretatie gemotiveerd door te wijzen op het proces van restitutie van onder het communistische regime onteigende goederen en andere sociale en juridische veranderingen, waardoor het voor gelegateerden en begunstigen moeilijker was geworden om de precieze omvang van de boedel te bepalen (par. 17); het Hof lijkt dit te accepteren door te wijzen op het bekend zijn van het ‘restitution process’ en de andere rechtsontwikkelingen die ten grondslag lagen aan de nieuwe interpretatie van het Supreme Court (par. 33).

3. Dat in deze zaak toch art. 6 EVRM geschonden is, komt door een specifieke onhandigheid in de onderhavige wijziging van het recht. De zaak betreft een procedurele belemmering, een vereiste van boedelbeschrijving, dat op zichzelf een zinvol doel dient. Op dat vereiste werden twee uitzonderingen gemaakt: het gold niet ingeval de gedaagde een ‘heir-at-law’ is, en evenmin indien de erfgenaam de gehele nalatenschap toeviel. Het Supreme Court had nu de eerste uitzondering beperkter geïnterpreteerd waardoor verzoeker daar geen beroep meer op toekwam. Echter verzoeker had ook op de tweede uitzondering een beroep kunnen doen, zo bleek uit latere rechtspraak, alleen was dat logischerwijs niet gebeurd bij de lagere rechters omdat reeds de eerste uitzondering gold, terwijl bovendien het Supreme Court er aan te pas moest komen om duidelijk te maken dat de tweede uitzondering van kracht bleef onder de nieuwe interpretatie.

Gelet op dit alles oordeelt het Hof dat dit neveneffect (het tijdelijk niet toepassen door lagere rechters van de tweede uitzondering) van de op zichzelf begrijpelijke nieuwe interpretatie onvoorzienbaar was: zelfs het Supreme Court had dit niet voorzien (par. 33). Het Hof wijst er daarnaast op dat de nieuwe ‘interpretative decision’ geen rekening hield met aanhangige zaken en in het bijzonder in het onderhavige geval louter die ‘decision’ mechanisch toepaste zonder rekening te houden met de gevolgen voor verzoekers recht op een inhoudelijke behandeling (par. 33). Het is daarom het feit van de terugwerkende kracht van een onvoorzienbaar neveneffect van een voorzienbare wijziging die maakt dat verzoeker een belangrijk nadeel lijdt, hetgeen deze zaak onderscheidt van *Legrand t. Frankrijk* (par. 33-34).

De beoordeling van het Hof berust derhalve op de rechtszekerheid: de regel mag weliswaar toegepast worden en gewijzigd, maar men moet rekening houden met

overgangsrecht indien individuen voor hun gevallen onvoorzienbaar en met terugwerkende kracht (zodat zij er niet langer aan kunnen voldoen) een nieuw vereiste tegengeworpen krijgen. Het lijkt erop dat het Hof minder problemen zou hebben gehad indien de oom van verzoeker niet de gehele nalatenschap zou hebben ontvangen; dan zou verzoeker geen beroep op de tweede uitzondering toekomen, terwijl de wijziging van de eerste uitzondering voorzienbaar was gelet op de maatschappelijke opvattingen. De schending ontstaat derhalve in dit geval uit een onhandige omgang met overgangsrecht en toepassing van uitzonderingen, die problemen oplevert in verband met de rechtszekerheid en meer bijzonder de voorzienbaarheid.

Vanuit Nederlands perspectief oogt het processuele verloop overigens niet fraai. In een Nederlandse cassatieprocedure zou het voor de hand hebben gelegen dat verzoeker (dan wel de Advocaat-Generaal) in cassatie zou hebben gewezen op de mogelijke toepasselijkheid van de tweede uitzondering, en zou na cassatie zijn verwezen naar een ander gerechtshof voor beoordeling of de tweede uitzondering van toepassing was, nu daar immers – gelet op de wijziging van het recht – niet eerder over gedebatteerd had hoeven en kunnen worden. Dan was de omweg langs Straatsburg niet nodig geweest.

4. Het valt overigens op dat het Hof opmerkt dat het doel van de onderhavige belemmering ook op andere wijze had kunnen worden bereikt, bijvoorbeeld door een materiële beoordeling (par. 33). Dit lijkt een losse opmerking te zijn: strikt genomen zou dit tegen ieder procedureel vereiste kunnen worden ingebracht. Daarmee zouden alle procedurele belemmeringen verboden worden en vervangen moeten worden door een inhoudelijke toets. Het lijkt niet de bedoeling van het Hof om zo ver te gaan.

Een vergelijkbare gematigde benadering kennen we wel in het Nederlandse recht, waar aan schending van vormvereisten en dergelijke veelal pas sancties worden verbonden als er een concreet belang door benadeeld is (bijv. art. 122 lid 1 Rv, en over art. 6:89 en 7:23 BW bijv. HR 25 maart 2011, LJN BP8991). In zoverre is het proportionaliteitsbeginsel reeds onderdeel van Nederlands recht (vgl. M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer 2007, T.F.E. Tjong Tjin Tai en I. Giesen, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Preadviezen VBR 2008).

Het zou evenwel niet passend zijn als het Hof een indringende proportionaliteitstoets zou aanleggen: dan zou het de plaats innemen van een vierde instantie en bovendien zelf de rechtsontwikkeling in de lidstaten gaan bepalen, hetgeen het Hof uitdrukkelijk van de hand wijst (vgl. *Hoare t. Verenigd Koninkrijk*, par. 62, *García Ruiz t. Spanje*, EHRM 21 januari 1999, no. 30544/96, par. 28, *Soumare t. Frankrijk*, EHRM 24 augustus 1998, 48/1997/832/1038, par. 40).

T.F.E. Tjong Tjin Tai  
Hoogleraar Privaatrecht, Tilburg University